

DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/barbaroi.v0i47.9570>

O RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO



Marli Marlene Moraes da Costa

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – Brasil

Simone Andrea Schwinn

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – Brasil



Resumo

No mundo milhares de pessoas são perseguidas, humilhadas e sofrem diferentes tipos de violência em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero. Em diferentes países, o algoz é o próprio Estado, que pune a homossexualidade com castigos físicos e até a morte. Reconhecer homossexuais e minorias de gênero enquanto grupo social para que possam ter a proteção do instituto do refúgio é uma das formas de proteger os direitos humanos desses grupos. Mas ainda são poucos os países que assim os reconhecem. O Brasil tem avançado nessa questão, uma vez que a interpretação do Conare- Comitê Nacional para Refugiados é de que gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e intersexuais pertencem a determinado grupo social. A partir deste contexto, o presente trabalho tem por objetivo defender a tese de que as minorias sexuais e de gênero devem ser consideradas enquanto grupo social para fins de concessão de refúgio. Para tanto, analisará o direito ao refúgio a partir da Convenção de 1951, a lei brasileira 9.474/1997 que implementa a Convenção de 51 no país e a condição das minorias sexuais e de gênero enquanto grupo social. Trata-se de um trabalho de revisão bibliográfica, com utilização do método hipotético dedutivo, visando confirmar a hipótese central do presente trabalho e responder ao problema primordial da pesquisa: podem as assim consideradas minorias sexuais e de gênero ser reconhecidas enquanto grupo social para fins de concessão de refúgio?

Palavras-Chave: Convenção de 1951. Gênero. Lei 9.474/1997. Minorias sexuais. Refúgio.

Introdução

“Sou um ser humano e nasci num país onde pessoas pensam que homossexualidade é uma doença. Lembro-me de um caso em que duas mulheres se casaram e fugiram. Elas foram encontradas e presas. Depois, foram tratadas como loucas e internadas para tratamento psiquiátrico por suas famílias”

Ali

Nome fictício atribuído pelo Acnur a paquistanês
refugiado por questão de identidade sexual no Brasil
(CHARLEUX, 2016)

Os conflitos armados em diferentes partes do mundo tem gerado um contingente cada vez maior de pessoas em deslocamento, de maneira forçada. Mas não são somente as guerras que fazem com que pessoas tenham que fugir de seus países, onde são vítimas de perseguição: cada vez mais, a orientação sexual e identidade de gênero tem feito com que um grande contingente de pessoas peça refúgio em países considerados mais tolerantes.

O refúgio, instituto antigo, mas cada vez mais atual, tem sido o meio de garantir direitos e salvar a vida de milhares de pessoas. No tocante às minorias sexuais, necessário um esforço dos Estados no sentido de adequação de sua legislação e do entendimento ampliado da condição de refugiado.

O presente trabalho objetiva defender a tese de que as minorias sexuais e de gênero devem ser consideradas enquanto grupo social para fins de concessão de refúgio. Para tanto, analisará o direito ao refúgio a partir da Convenção de 1951, a lei brasileira 9.474/1997 que implementa a Convenção de 51 no país e a condição das minorias sexuais e de gênero enquanto grupo social. Trata-se de um trabalho de revisão bibliográfica, com utilização do método hipotético dedutivo, visando confirmar a hipótese central do presente trabalho e responder ao problema primordial da pesquisa: podem as assim consideradas minorias sexuais e de gênero ser reconhecidas enquanto grupo social para fins de concessão de refúgio?

1 A Convenção de 1951 e o reconhecimento do direito ao refúgio¹

O direito ao refúgio remonta ao período da Idade Antiga, porém, com o transcorrer da história, tornou-se necessária a criação de medidas mais efetivas para que pessoas nessa situação tivessem essa garantia assegurada, e de maneira uniforme, sendo necessária uma internacionalização de normas.

De acordo com Jubilut (2007), a preocupação da comunidade internacional com o resultado do período pós Segunda Guerra Mundial foi determinante para que fosse necessária a instituição de direitos humanos, a fim de assegurar garantias a uma vida digna, passando assim a ser criado o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tais direitos são garantias individuais para proteção aos direitos considerados essenciais ao ser humano, seja em face de outros seres humanos, ou do Estado (p. 52).

Com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 surge a preocupação com a dignidade da pessoa humana e, dentre a série de direitos constantes do

¹ O texto deste subtítulo foi parcialmente publicado na Revista *Barbarói*, Edição especial nº 44, p. 255-274, jul./dez. 2015, no artigo intitulado “A proteção sociojurídica aos refugiados no Brasil: da legislação à política pública”.

referido texto, encontra-se o direito de migrar. Quanto a esse dispositivo, existe uma distinção entre asilo e refúgio, sendo ambos assegurados àquelas pessoas vítimas de perseguição. O primeiro trata de casos onde um determinado indivíduo sofre perseguição e busca “ajuda” ou uma espécie de abrigo em outro país, e o segundo, aborda uma coletividade de pessoas, em situação semelhante (Barreto [s.d.], online). Lembrando que esses direitos não são assegurados em casos de perseguição pela prática de crimes.

Tendo em vista a crescente onda de migrações causadas, sobretudo, por conflitos armados, é criado, em 1950, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados-ACNUR, com a finalidade de proteger vítimas de perseguição, violência e intolerância. Como principal organização humanitária para proteção de refugiados, o ACNUR tem dois objetivos principais: “proteger homens, mulheres e crianças refugiadas e buscar soluções duradouras para que possam reconstruir suas vidas em um ambiente normal” (ACNUR, 2014).

Em 1951, é convocada em Genebra, Suíça, uma Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas, com a tarefa de redigir uma Convenção para regulação do *status* legal dos refugiados (ACNUR, 2014). Assim, em 28 de julho de 1951, é celebrada, pelas Nações Unidas, a Convenção de Genebra relativa ao *status* dos refugiados, que é, até o presente, considerada a mais importante lei do direito internacional dos refugiados (CUNHA, 2012, p. 99).

A Convenção de Genebra de 1951, das Nações Unidas, estabeleceu o que caracteriza o refugiado:

como toda pessoa que, como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, por pertencer a determinado grupo social e por suas opiniões políticas, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, por causa dos ditos temores, não queira recorrer à proteção de tal país; ou que, carecendo de nacionalidade e estando, em consequência de tais acontecimentos, fora do país onde tivera sua residência habitual, não possa ou por temor fundado não queira regressar a ele (BARRETO, 2010, p. 15).

Porém, a Convenção de 1951 possuía dois problemas para sua aplicação: o espaço geográfico, pois a mesma abarcava o ocorrido apenas na Europa e, o lapso temporal, pois ela abarcava apenas os fatos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 (Barreto, 2010).

Com o intuito de sanar esses problemas, foi elaborado o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967, que não trazia o lapso temporal, criando assim a possibilidade de serem abarcados fatos posteriores à data estipulada na Convenção, além de seu caráter universal. “O

Protocolo omite as palavras "como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951", que aparecem na Convenção, tornando, assim, aplicáveis seus dispositivos a casos futuros (BARRETO, [s.d.], online). Trata-se de um instrumento jurídico independente, sendo que, os países que aderirem somente a este Protocolo, aceitam as disposições da Convenção de 1951. “No entanto, muitos Estados preferiram ratificar a Convenção e o Protocolo, reforçando assim a autoridade dos dois instrumentos como do direito internacional relativo aos refugiados”² (ACNUR, 2000, p. 55).

Saindo da Europa, na América Latina, aqueles que de lá migravam eram recepcionados pelo ACNUR, porém não eram reconhecidos com o *status* de refugiado. Buscando reconhecer essa condição, foi assinada, em 1984, na Colômbia, a Declaração de Cartagena, passando assim, a ser adotada a terminologia de *refugiados* para aqueles migrantes vindos da Europa, para que fossem adotadas as demais disposições constantes na Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, Estatuto dos Refugiados. A Declaração ampliou o sentido da palavra refugiado, trazendo também os que haviam fugido de seus países por ameaças de violência generalizada, agressões de outros países, conflitos internos ou graves violações aos direitos humanos.

O Brasil aderiu à Convenção de Genebra de 1951 em 1960, abrangendo apenas os refugiados provenientes da Europa. Durante o período da ditadura militar, que fez cessar o número de imigrantes para o país, mas aumentou o número de emigrantes, fugindo da perseguição política do regime militar. Já na década de 1980, após a volta da democracia, houve uma vinda intensa de angolanos, tendo em vista a guerra civil em seu país e, em 1982, o Brasil aceitou a presença do ACNUR. Apenas em 1989 o país deixou de lado o critério geográfico da Convenção de 1951 e passou a adotar por completo a Declaração de Cartagena.

Como já apontado, o direito de asilo³, defendido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, proporcionou a criação do instituto do refúgio, que pode ser identificado já na história bíblica, em passagens de Isaías, por exemplo, ou mesmo ao longo de todo texto bíblico que “traz histórias de guerra e triunfo, deslocamento e dor, frustração e esperança” (BARROS, 2011, p. 25). Mas o evento que provocou o maior número de deslocamentos de

² Até dezembro de 1999, 134 Estados haviam aderido ao Protocolo de 1967. Os únicos que haviam aderido somente ao Protocolo eram Cabo Verde, Suazilândia, Estados Unidos e Venezuela. Madagascar Mônaco, Namíbia e São Vicente e Granadinas aderiram apenas à Convenção e não ao Protocolo (ACNUR, 2000, p. 55).

³ Jubilit (2007, p. 40) lembra que o direito de asilo figurou na primeira versão da Declaração Universal dos Direitos Humanos como um direito do Estado, e não do indivíduo ficando, ainda, restrito aos refugiados políticos. Na época, essa opção já significava o medo dos Estados em terem de assumir obrigações financeiras advindas da concessão de asilo, sendo que, ao defini-lo como um direito do Estado “manter-se-ia a discricionariedade da concessão e, de fato, não se teria uma regra efetiva sobre o tema”.

populações na modernidade, foi a Segunda Guerra Mundial e o pós guerra. “Calcula-se que, em Maio de 1945, mais de 40 milhões de pessoas se encontravam deslocadas na Europa”, contingente do qual não faziam parte os alemães em fuga devido ao avanço do exército soviético e os trabalhadores estrangeiros que trabalhavam forçados na própria Alemanha (ACNUR, 2000, p. 13).

Jubilut (2007, p. 42) assevera que o refúgio é um instituto do Direito Internacional, com abrangência maior e mais tipificada do que o asilo, o que significa dizer que não se trata de ato discricionário do Estado concessor, uma vez que “o reconhecimento do *status* de refugiado está vinculado a diplomas e hipóteses legais bem definidos”.

Desse modo, tem-se que o refúgio é um instituto regulado por um estatuto (atualmente em nível internacional a Convenção de 51 revisada pelo Protocolo de 67), o qual assegura a algumas pessoas em função de determinadas circunstâncias o status de refugiado. Tanto o instituto do refúgio quanto o do asilo visam à proteção da pessoa humana, em face da sua falta no território de origem ou de residência do solicitante, a fim de assegurar e garantir os requisitos mínimos de vida e de dignidade, residindo em tal fato a sua principal semelhança, traduzida por meio do caráter humanitário de ambos (JUBILUT, 2007, p. 42).

De maneira geral, a migração ou o ato de migrar pode ser caracterizada enquanto o movimento de uma pessoa ou grupo de pessoas de um território a outro, cruzando uma fronteira administrativa ou política com intenção de estabelecer-se de maneira indefinida ou temporal em um lugar distinto de suas nações.

Essa migração pode ser voluntária⁴ ou forçada. No segundo caso, trata-se de alguém que temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, que se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país. Essa definição encontra-se na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, ou Convenção de 1951⁵, como visto anteriormente.

Ressalta-se ainda que para o reconhecimento de um indivíduo enquanto refugiado, além dos critérios objetivos trazidos pela Convenção de 1951, são necessários também critérios subjetivos como o fundado temor de perseguição. Além disso, o solicitante de refúgio deve encontrar-se fora de seu país de origem, não podendo para ele retornar.

⁴ Poder-se-ia questionar se o ato de migrar fugindo da fome e das condições precárias em relação ao trabalho e políticas assistenciais é realmente voluntário. Mas, no âmbito da proteção internacional aos migrantes, este grupo se enquadra enquanto migrante econômico e não refugiado.

⁵ De acordo com o Acnur: “A Convenção consolida prévios instrumentos legais internacionais relativos aos refugiados e fornece a mais compreensiva codificação dos direitos dos refugiados a nível internacional. Ela estabelece padrões básicos para o tratamento de refugiados – sem, no entanto, impor limites para que os Estados possam desenvolver esse tratamento.” (ACNUR, online).

A proteção aos perseguidos em razão de raça, nacionalidade, opinião política, religião ou grupo social pode ser considerada um costume internacional, mas é somente com sua inserção na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que o asilo⁶ passa a ser juridicamente reconhecido⁷, abrindo caminho para a construção jurídica do conceito de refúgio. Em um retrospecto histórico, é possível afirmar que a evolução do Direito Internacional, em especial no que diz respeito aos direitos humanos, tem caminhado no sentido de agregar o maior número possível de indivíduos carentes de proteção, entre eles, as minorias sexuais e de gênero.

2 O direito ao refúgio de minorias sexuais e seu reconhecimento enquanto grupo social

A intolerância em relação à população LGBTI está presente em praticamente todos os países do mundo. Desde aqueles com uma legislação mais opressora (países com pena de morte, punições corporais e prisão) à países com legislação positiva em relação aos direitos desse grupo social. Dos 191 países do mundo, 88 tem leis contrárias à homossexualidade, sendo que em 72 deles existem penas de prisão para quem expuser sua orientação sexual. Em 7 países, a pena para homossexuais é a morte.

De acordo com os princípios de Yogyakarta⁸(2007), a “orientação sexual” refere-se “à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas” e “identidade de gênero” é a

experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

O vigésimo terceiro (23º) princípio de Yogyakarta trata do direito ao asilo:

⁶ Na América Latina, asilo e refúgio são situações jurídicas distintas: o asilo é concedido aos perseguidos políticos, e o refúgio às demais formas de perseguição elencadas pela Convenção de 1951. Na Europa e Estados Unidos, todas as situações que se enquadram como “refúgio”, são denominadas “asilo”, sem a distinção de tratamento dada pela América Latina.

⁷ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: Artigo XIV. 1.Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas (ONU BRASIL, online).

⁸ Construídos por um grupo de 29 especialistas em Direitos Humanos, de 25 países, em Yogyakarta, Indonésia, nos dias 6 a 9 de novembro de 2006. Os Princípios do Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e de gênero. Os princípios de Yogyakarta foram apresentados, como uma carta global de direitos LGBT ao Conselho das Nações Unidas em Genebra, em março 2007 e são adotados pelos Estados na forma de tratado.

Toda pessoa tem o direito de buscar e de desfrutar de asilo em outros países para escapar de perseguição, inclusive de perseguição relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero. Um Estado não pode transferir, expulsar ou extraditar uma pessoa para outro Estado onde esta pessoa experimente temor fundamentado de enfrentar tortura, perseguição ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante, em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Ao lado desta definição, encontram-se recomendações aos Estados com relação à legislação, políticas ou práticas discriminatórias e respeito ao princípio do *non refoulement*⁹, em relação à orientação sexual e minorias de gênero.

Reconhece assim, o fato de que homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais são um grupo vulnerável, vítimas de exclusão social e marginalização nos mais diferentes níveis mundo afora. Para Oliva (2013) o pertencimento a determinado grupo social pela Convenção de 1951 é um critério vago, e cabe ao ACNUR, através de suas diretivas, e à jurisprudência dos Estados signatários da Convenção definir os critérios de pertencimento ou identificação de grupo social.

Na Europa, por exemplo, existe diretiva, no âmbito do direito comunitário, que traz a possibilidade de reconhecimento do *status* de refugiado com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero: trata-se da “Diretiva de Qualificação”

Que define de forma semelhante às diretivas do ACNUR, a existência de um grupo social quando os membros desse grupo compartilham características inatas que não podem ser alteradas ou cuja alteração não pode ser exigida. Além disso, o grupo deve ter identidade particular, percebida como diferente pela sociedade em que ele está inserido¹⁰ (OLIVA, 2013, p. 487).

Enquanto grupo social vulnerável e sujeito à criminalização, as pessoas LGBTI estão sujeitas a diferentes formas de perseguição, como por exemplo, textos de leis penais genéricos com expressões como “prática de atos carnavais contra a natureza”; “satisfação imoral de desejos sexuais” ou ainda, “ataque à moral pública”, geram grave violência física e/ou psicológica, intervenção médica involuntária como conduta persecutória, sanções desproporcionais pela prática de crime como conduta persecutória, extorsão e roubo e marginalização econômica e social (OLIVA, 2013, p. 490-493).

No momento do recebimento do pedido de refúgio, os profissionais responsáveis devem ter conta que a orientação sexual ou identidade de gênero dependem da auto

⁹ O *non refoulement*, ou princípio da não devolução, como bem observa Pita (2016) “é a pedra angular da proteção internacional de refugiados, princípio estreitamente vinculado ao de gozar uma série de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”.

¹⁰ Definição semelhante é trazida pelo Guia de Procedimento de Concessão do critério de refugiado das Nações Unidas.

identificação dos indivíduos e, desta forma, que eles podem pertencer a subgrupos: gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros, intersexos e *queers*, abreviados como LGBT, LGBTI ou LGBTIQ. Isso importa no momento de análise do pedido uma vez que esses grupos costumam ter experiências completamente diversas uns dos outros o que transparecerá em suas narrativas, que não raro, não se enquadram em experiências ou categorias comuns (ACNUR, 2012).

Outro componente a ser levado em consideração é a visibilidade dos solicitantes de refúgio em seus países de origem: fica claro que, em países que criminalizam a homossexualidade ou onde a sociedade é particularmente repressora, as pessoas não irão se identificar ou trazer a público sua orientação sexual. Isso não pode ser motivo para denegação do pedido, uma vez que a visibilidade social traria riscos à segurança e à própria vida dos solicitantes de refúgio.

Ao lado das Diretrizes do ACNUR e dos Princípios de Yogyakarta, os Estados devem adotar legislações e procedimentos que garantam a maior proteção possível aos solicitantes de refúgio por sua orientação sexual ou identidade de gênero, identificando-os enquanto pertencentes a um grupo social. O Brasil tem assumido esse compromisso através da atuação do CONARE- Comitê Nacional para Refugiados.

3 O reconhecimento da condição de refugiado das minorias sexuais no Brasil¹¹

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, ganha destaque o dispositivo que traz abordagem sobre a prevalência dos direitos humanos como princípio das relações internacionais, além da questão do asilo político também enquadrado como princípio.

Marco importante consolidou-se em 1997, com a promulgação da lei 9.474, o Estatuto dos Refugiados. A lei é considerada como uma das mais modernas no que diz respeito ao tema proteção e regulamentação da situação dos refugiados (Barreto, 2010). O Estatuto traz o conceito de refugiado, abrangendo seus familiares, sua condição jurídica, os procedimentos para o pedido de refúgio, lembrando que a situação irregular, conforme exposto na lei em seu artigo 8º, não constitui impedimento para o pedido; cessação da situação de refugiado, expulsão e repatriação.

Editada a Lei nº 9474, de 1997, com 49 artigos, ficou definido o mecanismo para a implementação do Estatuto dos Refugiados. A lei brasileira, redigida em parceria

¹¹ O texto deste subtítulo foi parcialmente publicado na Revista *Barbarói*, Edição especial nº 44, p. 255-274, jul./dez. 2015, no artigo intitulado “A proteção sociojurídica aos refugiados no Brasil: da legislação à política pública”.

com o Acnur e com a sociedade civil, é considerada hoje pela própria ONU como uma das leis mais modernas, mais abrangentes e mais generosas do mundo. Contempla todos os dispositivos de proteção internacional de refugiados e cria um órgão nacional – o Comitê Nacional para os Refugiados (Conare) – para ditar a política pública do refúgio e decidir quanto às solicitações de refúgio apresentadas no Brasil (BARRETO, 2010).

A lei 9.474 de 1997 trouxe como novidade não somente a criação de um órgão nacional para tratar da política de recepção dos refugiados, composto por representantes do governo federal, das organizações não governamentais e do ACNUR, mas também a extensão do conceito de refugiado, para as situações de grave e generalizada violação a direitos humanos, conforme artigo 1º, inciso III da lei (BRASIL, 1997).

Em 2004 o Brasil foi um dos países, juntamente com demais latino-americanos a promover a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, “definindo um conjunto de medidas para buscar soluções duradouras¹² e inovadoras para os refugiados na América Latina” (ACNUR BRASIL, 2014). Dentre vários pontos abordados, o país defende que a questão dos refugiados deve estar vinculada diretamente com os direitos humanos e que, os países que não assegurarem os direitos pertinentes aos migrantes devem responder por seus atos.

O Estado brasileiro tem evoluído na questão da proteção aos refugiados, tendo sido o primeiro país da América do Sul a “elaborar uma legislação generosa e de vanguarda na matéria” (LEÃO, 2007) e tem demonstrado preocupação com os direitos humanos de todos em seu país, nacionais ou não. O tema merece maior atenção e demais medidas ainda precisam ser tomadas, porém, entende-se que, apesar dos grandes desafios, sobretudo de esclarecimento da sociedade para superação do preconceito, o país caminha para isso, ao menos no campo institucional.

A proteção aos refugiados no Brasil remete aos anos 1960, uma vez que o país ratificou a Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo de 1967, além de fazer parte do Conselho Executivo do ACNUR desde 1958, sendo pioneiro na América do Sul (JUBILUT, 2007, p. 171). Porém, a proteção mais efetiva aos refugiados, por parte do poder público, passou a acontecer a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que demonstrou maior preocupação com a proteção aos direitos humanos e, a partir de 1996, com a edição do I

¹² No Brasil foi adotada a solução duradoura do reassentamento solidário, mecanismo proposto pelo país como resposta humanitária ao conflito na Colômbia e suas consequências nos países vizinhos que recebem maior número de refugiados. Por meio do reassentamento, o país recebe refugiados cuja condição que motivou o pedido de refúgio não cessou, mas que não conseguiram se integrar ao primeiro país de refúgio (ACNUR, 2014).

Plano Nacional de Direitos Humanos-PNDH, que propõe um projeto de lei estabelecendo o estatuto dos refugiados.

Assim, é aprovada em julho de 1997 a Lei 9.474, que estabelece os critérios para o reconhecimento do *status* de refugiado, determina o procedimento para tal reconhecimento e cria o Comitê Nacional para Refugiados-CONARE, que é o órgão competente para tratar do tema. Segundo Leão (2012), o CONARE é uma “instituição caracterizada por guiar-se, na tomada de suas decisões e em suas atuações, pela prevalência de um caráter democrático e humanitário.” Ademais, desde a promulgação desta lei, o refúgio no Brasil passa a incorporar preceitos contemporâneos de proteção aos refugiados, absorvendo a doutrina da convergência das três vertentes da proteção internacional da pessoa humana, quais sejam: o direito internacional humanitário, o direito internacional dos refugiados e o direito internacional dos direitos humanos, elementos estes contemplados pela Declaração de Cartagena.

Para Leão (2007), a lei de refúgio brasileira é moderna por um lado porque contempla as definições da ONU e a contribuição latino-americana para definição de quem é refugiado ou refugiada. Por outro lado, a lei 9.474 contempla conceitos de vanguarda do Direito Internacional dos Refugiados, motivando a relação entre Governo, Sociedade Civil e o ACNUR.

Nos últimos anos o fluxo de migrantes para o Brasil tem aumentado exponencialmente, fazendo também com que os pedidos de refúgio dessem um salto (entre os anos de 2010 e 2013 as solicitações de refúgio aumentaram 800%, segundo dados do ACNUR; em 2015 esse percentual saltou para mais de 2000%, com quase 30.000 pedidos). A partir do momento em que o país começa a receber um fluxo muito maior de imigrantes e refugiados, faz-se necessária uma sensível alteração no que se refere à proteção desta população, o que vem acontecendo de forma gradual, mas ainda precária.

No que diz respeito à população LGBTI, apesar da legislação antidiscriminatória e de programas como o Brasil sem Homofobia, os casos de violência, inclusive os que levam à morte, são diários. No Congresso Nacional as bancadas conservadoras só fazem retroceder a luta do movimento LGBTI por igualdade, embora o poder judiciário tenha proporcionado importantes vitórias.

Relativamente aos pedidos de refúgio baseados em perseguição por pertencimento a grupo social de gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e intersexuais ainda são pequenos se comparados ao número total de refugiados reconhecidos no país: dos mais de oito (8) mil

refugiados residentes no Brasil¹³, 18 foram reconhecidos em razão da perseguição por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Ainda há solicitações baseadas neste critério, pendentes de análise (ACNUR, 2015).

Segundo interpretação feita no Brasil pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e intersexuais são pessoas que pertencem a um determinado grupo social. Assim, merecem ser reconhecidos como refugiados quando deixam seus países em virtude da perseguição, criminalização ou isolamento social que sofrem ou podem sofrer em virtude desta condição (ACNUR, 2015).

O ACNUR, atento às necessidades de proteção deste grupo, lançou em 2012, a Diretriz sobre Proteção Internacional nº 9, que trata das solicitações de Refúgio baseadas na Orientação Sexual e/ou Identidade de Gênero no contexto do Artigo 1A(2) da Convenção de 1951 e/ou Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados (ACNUR, 2012), reconhecendo que

Em várias partes do mundo, indivíduos vivenciam graves abusos contra os direitos humanos e outras formas de perseguição devido à sua orientação sexual e/ou identidade de gênero real ou percebida por terceiros. Apesar de a perseguição a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais (a seguir denominados “LGBTI”) não ser um fenômeno recente, vários países de refúgio estão conscientes de que pessoas que fogem de uma perseguição em razão da sua orientação sexual e/ou identidade de gênero podem se enquadrar no conceito de refugiado [...]

Existe uma ampla documentação de que indivíduos LGBTI são alvo de assassinatos, violência sexual ou de gênero, agressões físicas, negação de direitos de reunião, expressão e informação, e discriminação nas áreas do trabalho, saúde e educação em todas as regiões do mundo. Muitos países possuem leis criminais severas contra relações entre pessoas do mesmo sexo, muitas das quais impõem punições como prisão, punições corporais e/ou pena de morte [...] (ACNUR, 2012).

Apesar desta orientação, o ACNUR reconhece a possibilidade de as autoridades não poderem ou simplesmente não terem como seu objetivo proteger pessoas LGBTI contra abusos e perseguições praticadas por atores não-estatais, o que leva à “impunidade dos agressores e a uma situação de tolerância implícita, ou mesmo explícita, em relação ao abuso e perseguição” (ACNUR, 2012).

Como já referido, o CONARE concede refúgio a solicitantes vítimas de perseguição por sua orientação sexual ou identidade de gênero, enquadrando-os enquanto grupo social, demonstrando que o Brasil continua na vanguarda do direito dos refugiados. Para o reconhecimento, o CONARE parte da percepção do perseguidor sobre o perseguido, não da orientação sexual do solicitante de refúgio (LEÃO, 2007).

¹³ Dados do CONARE, até outubro de 2015.

Percebe-se então que, ao contrário de muitos países, aonde a orientação sexual e identidade de gênero não se traduzem em reconhecimento à pertença a um grupo social para fins de solicitação de refúgio, o Brasil vem se destacando positivamente através do entendimento do CONARE. Mas imagina-se que, mesmo assim, o medo faça com que muitos solicitantes de refúgio nessas condições optem por fazer a solicitação por outros motivos. O que se espera é que o Brasil receba cada vez mais solicitantes de refúgio, consolidando e valorizando sua tradição no Direito Internacional dos Refugiados.

Considerações finais

Os Princípios de Yogyakarta afirmam que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”.

Tais princípios servem não somente de indicação sobre a conduta a ser adotada pelos Estados no tratamento aos refugiados, mas também como uma lembrança sobre os compromissos assumidos em relação aos direitos humanos, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, com a adoção da Convenção de 1951, ou Estatuto dos Refugiados.

O Brasil inovou ao adotar a Lei 9.474 em 1997, incorporando ao texto legal uma definição alargada de quem é refugiado e criar um Comitê Nacional para os Refugiados-CONARE, que, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados, tem por finalidade ser o responsável por uma política nacional para os refugiados.

No tocante ao tema deste trabalho, foi possível observar que o CONARE possui o entendimento de que a perseguição ensejada por motivos de orientação sexual e identidade de gênero, qualifica o solicitante de refúgio enquanto pertencente a um grupo social. Assim, os refugiados LGBTTI tem encontrado no Brasil um entendimento que não é unânime em outros países que recebem refugiados.

Mas, ao lado de uma política deste porte, se faz necessária uma cultura de transformação social: a sociedade deve reconhecer a igualdade da população LGBTTI no acesso a direitos reconhecidos a todos os grupos sociais. É necessária uma profunda mudança cultural para garantir uma mudança institucional e política.

E quem sabe, um dia, nenhuma pessoa tenha que sair de seu país em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

THE RECOGNITION OF REFUGEE STATUS BECAUSE OF SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY

Abstract

In the world thousands of people are persecuted, humiliated and suffer different types of violence because of their sexual orientation and gender identity. In different countries, the bully is the state itself, which punishes homosexuality with physical punishment and even death. Recognizing homosexuals and gender minorities as a social group so that they can have the protection of the refuge institute is one of the ways to protect the human rights of these groups. But there are few countries that so recognize them. Brazil has advanced in this matter, since the interpretation of Conare- National Committee for Refugees is that gay, lesbian, bisexual, transgender and intersex belong to particular social group. From this context, this work aims to defend the thesis that sexual and gender minorities should be considered as a social group for refuge granting purposes. Therefore, consider the right to retreat from the 1951 Convention, the Brazilian Law 9.474 / 1997 which implements the Convention of 51 in the country and the status of sexual and gender minorities as a social group. This is a literature review of work, using the hypothetical deductive method, aiming to confirm the central hypothesis of this study and answer the primary research question: can the so considered sexual and gender minorities be recognized as a social group for purposes of Grant of refuge?

Keywords: Convention 1951. Gender. Law 9.474 / 1997. Sexual minorities. Refuge.

Referências

ACNUR BRASIL. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Protegendo refugiados no Brasil e no mundo**. Brasília: ACNUR Brasil, 2014.

ACNUR. Agência da Onu para Refugiados. **Diretrizes Sobre Proteção Internacional N. 09**. 23 de outubro de 2012. Disponível em:<
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9748.pdf?view=1>>. Acesso em 13 ago. 2016.

_____. **Perseguidos por sua orientação sexual, refugiados LGBTI conseguem proteção no Brasil**. Publicado em 10 de março de 2015. Disponível em:<
<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/perseguidos-por-sua-orientacao-sexual-refugiados-lgbti-conseguem-protecao-no-brasil/>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. **A situação dos refugiados no mundo: cinquenta anos de acção humanitária**. Tradução: Isabel Galvão. Genebra: UNHCR; Portugal: A Triunfadora, 2000.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. Brasil: Ministério da Justiça/Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), 2010.

_____. **Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio.**

Disponível em: <www.migrante.org.br/Asilo%20e%20Refugio%20diferencas.doc>. Acesso em 10 ago. 2016.

BARROS, Miguel Daladier. **O drama dos refugiados ambientais no mundo globalizado: homenagem aos 60 anos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas – 1951/2011.** Brasília: Editora Consulex, 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 13 ago. 2016.

CUNHA, Ana Paula da. “Refugiados ambientais?”. In: ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Refúgio, Migrações e Cidadania.** Caderno de Debates 7. Dezembro de 2012. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2012, p. 97-116.

ONU BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 13 ago. 2016.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **Memória anotada, comentada e jurisprudencial do Comitê Nacional para os Refugiados- CONARE.** 2012. Disponível em: <<https://oestrangero.org.files.wordpress.com/2012/05/memc3b3ria-para-conare.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2016.

_____. **O reconhecimento dos Refugiados pelo Brasil: decisões comentadas do CONARE.** Brasília: Ministério da Justiça/ACNUR Brasil, 2007.

CHARLEUX, João Paulo. Qual o lugar dos refugiados gays no mundo. In: **Jornal Nexo.** Publicado em 22 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/04/22/Qual-o-lugar-dos-refugiados-gays-no-mundo>>. Acesso em 13 ago. 2016.

OLIVA, Thiago Dias. Direito de Refúgio das Minorias Sexuais. In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al.* **Direito à Diferença.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PITA, Agni Castro. Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (org.). **Refúgio e Hospitalidade.** Curitiba: Kayrós Edições, 2016.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação á orientação sexual e de identidade de gênero.** Disponível em: <http://www.ypinaction.org/files/01/37/principios_yogyakarta.pdf>. Acesso em 13 ago. 2016.

Sobre as autoras:

Marli Marlene Moraes da Costa é Pós Doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com Bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Coordenadora do Programa de Pós graduação em Direito-Mestrado e Doutorado- na Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” do Programa de Pós Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado- da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, certificado pelo CNPq. Professora da Graduação em Direito da FEMA-Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa/RS. Psicóloga com especialização em terapia familiar. Integrante do Núcleo de Pesquisas e Migrações do Sul-MIPESUL. Endereço Eletrônico: marlicosta15@yahoo.com.br

Simone Andrea Schwinn é Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, Área de concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Diversidade e Políticas Públicas, com Bolsa PROSUP/CAPES. Mestra em Direito pelo mesmo programa na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com Bolsa CNPq. Integrante do grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Profª Pós Dra. Marli M. M. da Costa vinculado ao PPGD da Unisc. Integrante da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS e do Núcleo de Pesquisas e Migrações do Sul-MIPESUL. Endereço Eletrônico: ssimoneandrea@gmail.com